

POR D. MARIANA DE ZVLETA Y OVANDO,

Tutora de D. Alonso Martel Duran, su hijo, y de D. Diego Martel Duran de Porres, su marido, difunto:

CON

D. LEONOR DE PVEBLA Y MOSCOSO,

Tutora de Doña Francisca Antonia Manuel Duran, su hija, y de Don Alonso Martel Duran, su marido, difunto,

SOBRE

La possession de el Vinculo, y Patronazgo que fundô Beatriz Fernandez de Tobar; que vacò por fin, y muerte de D. Pedro Iosephe Martel Duran su vltimo decessor;

PARA

Que se confirme el auto difinitiuo del Alcalde Don Leonardo Henriquez, Iuez que fue de esta causa en primera instancia.

Facti species.

N.1. EN EL QVAL SE PRESVPONE LO primero, que la dicha Beatriz Fernandez en su testamento, y postrimera voluntad, debaxo de cuya disposicion murio (aunque interpoladas) dispuso las Clausulas del tenor siguiente.

Primera Clausula del testamento de Beatriz Fernandez de Tobar.

2 *OTrosi digo que dos pares de casas que yo tengo en la dicha Ciudad, en la calle de Francos, que las aya, e yo las mando al dicho Licenciado Rodrigo Duran perpetuamente para el, y para sus descendientes, auiendolas siempre el hijo mayor, assi del dicho Licenciado, como de los que de el succedierẽ, porque sea Patron, para disponer de los marauedis que estas casas rentaren, q̃ son al presente veinte y cinco mil marauedises, &c.*

Segunda Clausula.

3 *Y De lo que quedáre, se han de dar diez mil marauedises a Iuan Marmolejo, Clerigo, mi sobrino, por razõ de vna Capellania que se ha de dezir, la qual instituyò, y ordenó, el dicho Christoual de Tobar, mi marido, que siruiesse en la Capilla del Sagrario de la Santa Yglesia de Seuilla, la qual seyendo el Cabildo de la dicha Santa Yglesia de Seuilla, requerido por mi parte, no quiso aceptarla con las condiciones que fue, y era ordenada; y tambien me pedian que me dexasse del Patronazgo de ella, e yo no quise: Por tanto, auida licencia del Papa, de mi consentimiento yo nombro, y dexo por mi Capellan, al dicho mi sobrino Iuan Marmoléjo, para que diga, y cante la dicha Capellania, segun, y como, y con las condiciones que el dicho mi marido la dexó: Y que despues de sus dias, la siruan, y ayan, los Frayles del dicho Monasterio de San Pablo, al qual dicho Monasterio, quiero, y he por bien, que acudã, y den los dichos diez mil marauedises por el seruicio de la dicha Capellania, segun, y como al dicho Iuan Marmolejo se le han de dar, los quales pague el dicho Licenciado Rodrigo Duran, y despues de el sus descendientes para siẽpre jamas; y los Frayles del dicho Monasterio sean obligados a dezir, y cantar la dicha Capellania, segun, y por la forma y manera que el dicho mi marido lo dexò mandado en su testamento.*

Ter-

Tercera Clausula.

4 *Y Tem, por esta presente carta instituyo, y ordeno, porque Dios nuestro Señor sea seruido, que en el dicho Monasterio de San Pablo, se diga, y cante media Capellania de Missas, perpetuamẽte para siempre jamas por mi anima, y de mis difuntos, en q̃ en cada vn mes se me digan doze Missas de las fiestas que ocurrieren, y para ello yo situo, y señalo al dicho Monasterio de S. Pablo, cinco mil marauedises de tributo, y censo perpetuo cada año para siẽpre jamas, sobre las dichas casas que yo tengo en cal de Francos: Y desde el dia q̃ el susodicho falleciere, en adelante, para siempre jamas, se diga, y cante la dicha media Capellania, y acudan al dicho Monasterio con los dichos cinco mil marauedises, demas de los otros diez mil marauedises, que se le han de dar despues de los dias del dicho Iuan Marmolejo; demanera que ha de auer el dicho Monasterio de San Pablo en cada vn año, quinze mil marauedises.*

Quarta Clausula immediatê consecutiua de las precedientes.

5 *I Tem, digo que si los Frayles del dicho Monasterio de San Pablo, no aceptaren la dicha Capellania, y media, que el dicho Licenciado Rodrigo Duran nombre Capellanes que siruan las dichas Capellanias, y por esta presente carta de mi testamento, nombro por Patron, para ver como se dize, y canta la dicha Capellania, y media Capellania, al dicho Licenciado Rodrigo Duran, para que no aceptando los dichos Frayles, pueda nombrar èl Capellan, y Capellanes perpetuamente para siempre jamas, para que siruan la dicha Capellania, y el dicho Licenciado tenga, y possea las dichas casas, como Patron de ellas, para pagar la dicha renta; y despues de el, su hijo mayor, o el que nõbrare, e sus descendientes de ellos, para siempre jamas: Por manera que por sucession de vno en otro, vaya el dicho Patronazgo, en que el dicho Licenciado pueda nombrar su hijo mayor, o a qualquiera de ellos, que quisiere; y esta mesma orden tengan los que despues de el succedieren para siempre jamas.*

Quinta y vltima Clausula, despues de otras interpoladas.

6 *Y Pagado, y cumplido este dicho mi testamento, y las mandas, y clausulas en èl contenidas, de los dichos mis bienes, segun que aqui està escrito, y ordenado; todos los que de ellos fincaren, y remanecieren, assi muebles como rayzes, y semouientes, deudas, derechos, y acciones, quiero que lo aya y herede todo,*

do, el Licenciado Rodrigo Duran mi sobrino, vezino de esta Ciudad de Sevilla, en la collacion de santa Maria Magdalena; al qual yo dexo, y establezco por mi legitimo, y vniuersal heredero, en el remaniente de todos mis bienes, derechos y acciones, por el deudo, y amor que le tengo, y porq̃ ruegue a Dios por mi anima, y le ruego, y encargo, que todo lo que huuiere de mi herencia, lo compre de renta, la qual estè obligada, e hypothecada, e yo la obligo, y hypotheco al santamiento de las dichas Capellanias, por manera que no vengan en menoscabo alguno; y con tal condicion què todos los dichos bienes esten juntos, y no se puedan diuidir, ni apartar en manera alguna, sino que succedã en ellos por via de Vinculo, y Mayorazgo, el dicho Licenciado, y su hijo mayor, o vno de sus hijos, el que èl quisiere nombrar en su testamento, o fuera de el; Y la misma orden se tenga en los successores de el dicho Licenciado, y que los dichos bienes que assi de mi heredare, no se puedan vender, ni empeñar.

7 Lo segundo se presupone, que auiendo venido a ser legitimo sucessor, y actual posseedor de este Vinculo y Patronazgo, Don Alonso Martel Duran, casò de primero Matrimonio con Doña Isabel Maria de Porres, y de su Matrimonio engendrò por su hijo primogenito a Don Diego Martel Duran, el qual casò legitimamente con la dicha Doña Mariana de Zuleta y Ovando, y de su Matrimonio huuierõ, y procrearon al dicho Don Alonso Martel Duran, que oy litiga, y tiene el auto del Ordinario en su fauor.

8 Lo tercero se presupone, que auiendo fallecido la dicha Doña Isabel Maria de Porres, el dicho Don Alonso Martel Duran el Mayor passò a segundas nupcias, y casò de segundo Matrimonio con la dicha Doña Leonor de Puebla y Mosco-so, y entonces por capitulacion matrimonial se contratò, *que vsando desta facultad auia de nombrar por sucessor de este Vinculo, y Patronazgo, al hijo primogenito que tuuiesse del dicho segundo matrimonio.* Y auiendo engendrado de el al dicho Don Pedro Iosephe Martel Duran (por cuya muerte es la presente vacante, y a Doña Francisca Antonia su hermana, con quien se litiga) nombrò al dicho Don Pedro Iosephe; y por su fin y muerte del dicho Don Alonso Martel Duran el Mayor, le mouio pleyto el dicho Don Diego Martel su hermano mayor, en la Real Chancilleria de Granada, adonde por sentencias de vista y reuista, la causa fue difinida, y pronunciada la sentencia del tenor siguiente.

Sen-

Sentencia de la Real Chancilleria de Granada.

9 *EN el pleyto, que es entre Doña Leonor de Puebla y Moſcoſo, vezina de la ciudad de Seuilla, viuda de Don Alonſo Martel Duran, vezino y Veintiquatro que fue de la dicha Ciudad, como Tutora, y Curadora de la perſona y bienes de Don Pedro Ioſephe Martel Duran ſu hijo y del dicho ſu marido, y Geronimo de Vejar ſu Procurador en ſu nõbre, de la vna parte; y D. Diego Martel Duran, vezino y Veintiquatro de la dicha Ciudad, y Iuan Lozano Vagaldan, ſu Procurador, en ſu nombre, de la otra. Fallamos que la parte de la dicha Doña Leonor de Puebla y Moſcoſo, como Madre, Tutora y Curadora de Don Pedro Ioſephe Martel Duran ſu hijo, Menor, probô ſu accion y demanda, como probar le conuino, pronunciamosla por bien probada: y que la parte del dicho Don Diego Martel Duran, no probó ſus excepciones. Por ende que debemos de declarar, y declaramos al dicho Don Pedro Ioſephe Martel Duran, por legitimo ſucceſſor en el Vinculo y Mayorazgo, q̃ fundó Beatriz Fernandez de Tobar, viuda, muger que fue de Chriſtoval de Tobar, por ſu teſtamento, que otorgò en catorze de Febrero del año paſſado de quinientos y quarenta: y en el Vinculo y Mayorazgo, que agregaron a èl Aluaro Duran, y Doña Mencia de Cabrera ſu muger, y fundaron, de las caſas principales de ſu morada, en la collation de San Martin de la dicha ciudad de Seuilla, por eſcritura què otorgaron en 7. de Diciembre del año paſſado de quinientos y ſetenta y ſeis. Y mandamos, que el dicho Don Pedro Ioſephe Martel Duran, ſuceda en los bienes de los dichos Vinculos y Mayorazgos, y los tenga y poſſea, conforme a las clauſulas y llamamientos de ellos. Y ponemos perpetuo ſilencio al dicho Don Diego Martel, para que en razon de los Vinculos y Mayorazgos, ſobre que es eſte pleyto, no pida, ni demande mas coſa alguna al dicho Don Pedro Ioſephe, y ſin coſtas; por eſta nueſtra ſentencia difinitiua: Aſsi lo pronunciamos y mandamos.*

10 Lo quarto ſe preſupone, que dicho Don Alonſo Martel el mayor (no contento con el nombramiento, que en execucion de la capitulacion del ſegundo matrimonio hizo para la vacante de ſu muerte, en la perſona del dicho Dõ Pedro Ioſephe primogenito del meſmo ſegundo matrimonio) pretẽdiò paſſar adelante, y nombrar ſuceſſor para las ſiguientes vacantes deſpues de ſu muerte, y del dicho D. Pedro Ioſephe ſu hijo; y en el poder que dio para teſtar, a la dicha D. Leonor de Puebla ſu muger, puſo la clauſula del tenor ſiguiente.

Claufula del poder para teftar, que dio Don Alonfo Martel el mayor, que eftâ en los Autos, fol. 128, y figuiente.

11 *Y Por quanto yo tengo hecha cierta efcritura de llamamiento, y declaracion del Mayorazgo q̃ tengo y poffeo, en fauor de D. Pedro Iofephe Perez Martel Duran mi hijo legitimo, y de la dicha D. Leonor de Puebla mi fegunda muger, en la forma y fegun fe contiene en la efcritura que en razon de ello paſſó ante Andres Mexia Efcriuano publico de Seuilla, en 13. dias del mes de Março del año paffado de mil y feifcientos y veinte y feis. Por tanto aprobando, como apruebo la dicha efcritura, quiero, y es mi voluntad, que la dicha mi muger pueda hazer, y haga los demas llamamientos, y declaraciones, en fauor de los demas mis hijos y fuyos, fegun y como lo tengo comunicado con la fufodicha, que yo defde luego los nombro y feñalo; lo qual ella pueda hazer y haga, en la forma que de Derecho mejor ouiere lugar, en conformidad de la fundacion del dicho Mayorazgo.*

12 Y en virtud de efta claufula, y vfando de ella, la dicha Doña Leonor, hizo la contenida en el teftamento, que como Comiffaria otorgò, que es del tenor figuiente.

Claufula del Teftamento de Don Alonfo Martel, fol. 137. del pleyto.

13 *Y Tem digo, que por quanto el dicho Don Alonfo Martel mi marido, por efcritura publica nombró por fuceffor de fu Mayorazgo, que fundaron Beatriz Fernandez de Tobar, y Aluaro Duran, y Doña Mencia de Cabrera fus padres, a Don Pedro Perez Martel Duran, fu hijo legitimo y mio, q̃ de prefente es de edad de dos años, como confta del dicho nombramiento: y tambien por el dicho poder y comifsion fufo incorporada, me dio facultad y poder, para que pudieffe nombrar a otro qualquiera de fus hijos y mios, en qualquiera cafo que fucedieffe. Y afsi vfando del dicho poder y facultad, y de lo q̃ conmigo comunicó, declaro que la voluntad expreffa del dicho mi marido, fue, que fi el dicho Don Pedro Iofephe muriere dentro de la edad pupilar, fin fucefsion legitima, ó fin poder nombrar, en qualquiera de eftos cafos, defde luego para entonces nombraffe en la fucefsion del dicho Mayorazgo, a Doña Francifca Antonia fu hija legitima, e mia. E fi acaecieffe, que la dicha Doña Francifca Antonia murieffe antes que llegaffe el cafo de tal nombramiento, ó defpues de auer fucedido murieffe en la edad pupilar, ó fin fucef-*

fion

sion, y sin poder nombrar, nombrasse para la succession del dicho Mayorazgo a Doña Mencia Maria, mi hija legitima, y del dicho Don Alonso; Y assi en conformidad del dicho poder, nombro, en caso que el dicho Don Pedro muera dentro de la edad pupilar, o sin succession legitima, o sin nombrar persona que despues de el suceda en el, por sucessora en el dicho Mayorazgo, a la dicha D. Francisca Antonia su hermana legitima; y si la tal falleciere antes q̃ llegue a gozar el dicho Mayorazgo, en virtud de este nombramiento, o despues de auer succedido en el, dentro de la edad pupilar, o despues, sin dexar succession, ó de nombrar persona que le suceda, nombro por successora de el dicho Mayorazgo, a la dicha Doña Mencia Maria su hermana legitima; los quales dichos nombramientos hago para que valgan por el mejor modo y forma que huuiere lugar en derecho, aunque aqui no vaya expresso ninguno.

14 Lo quinto se presupone, que desconfiando justamente de esto, la dicha Doña Leonor, lo pretendio medicinar haziendo que ella por si, y como Tutora de su hijo, con autoridad judicial, y con informacion de vtilidad, y prouecho, y el mesmo menor, nombrassen a las dichas sus dos hermanas, como parece de los autos desde fol. 1. en que ay los de el tenor siguiente.

Auto de el Teniente de Seuilla, que está fol. 11.

15 E *Por el señor Teniente, vista la dicha informacion, dixo que daua, y dio licencia a la dicha doña Leonor de Puebla, para que como Madre, y Tutora de don Pedro Iosephe Martel Duran su hijo, puede hazer, y otorgar en fauor de sus hermanas, las escripturas de llamamientos que refiere en su petició, en la mas bastante forma que al derecho de sus hermanas conuenga, y este auto sirua de mandamiento, y licencia, para que en virtud de el, se hagan, y otorguen las dichas escripturas, y se le entreguen originalmente, para que por ante qualquiera Escriuano Publico se hagan, en las quales para su validacion, dixo que interponia, e interpuso su autoridad, y decreto judicial, &c.*

Nombramiento de Doña Leonor de Puebla, en execucion del auto precediente folio. 18.

16 Y *Vsando de los dichos poderes, de todos juntos, o qualquiera de ellos, y de la dicha licencia judicial suso incorporada, y de aquello que mas conuiniere, y fuere necessario, para la validacion, y firmeza de lo en ellos contenido,*

en

en nombre del dicho don Pedro Iosephe Martel Duran, mi hijo, y como tal su Tutora, y Curadora, en la via, y forma que mejor puedo, y ha lugar de derecho, otorgo, y conozco que en caso que lo que Dios no quiera, ni permita, el dicho don Pedro Iosephe Perez Martel Duran, mi hijo, muriesse sin hijos legitimos de legitimo matrimonio nacidos, que tengan derecho de heredar el dicho Mayorasgo, y bienes a el agregados, nombro desde luego por successora en el dicho Mayorasgo, y bienes a el agregados, a doña Francisca Antonia Martel Duran, mi hija, hermana del dicho don Pedro Iosephe, para que en el dicho caso; o otro qualquiera que succediere vacar el dicho Mayorazgo, como por muerte natural, o ciuil, o por hazerse incapaz, o indigno del dicho Mayorazgo, y bienes a él agregados; o por entrar en Religiõ, y professar en ella, quier sea capaz la dicha Religion, de succeder en bienes en particular, o en comun; o por succeder el dicho don Iosephe Martel, en otro, o otros Mayorazgos incompatibles con este, o por otra qualquiera causa legitima, lo tenga, goze, y possea, la dicha doña Francisca Antonia su hermana, con la bendicion de Dios nuestro Señor, segun, y en la forma que lo tiene el dicho don Pedro Iosephe su hermano, mi hijo: y en su falta doña Mencia Maria su hermana, &c.

17 Y vltimadamente despues de todo, el dicho Don Pedro Iosephe, hizo otro tal nombramiento, como parece fol. 30.

18 Lo sexto se presupone que este Vinculo, y Patronazgo, cõsta de dos pieças, y casas distintas, las vnas que son primer fundamento, y en que le fundò Beatriz Fernandez de Tobar, en cal de Francos, collacion de la Iglesia mayor de Seuilla: y las otras que agregaron despues, Aluaro Duran, y Doña Mencia de Cabrera su muger, que son en la collacion de S. Martin, y las Clausulas que a esto miran, y en las escripturas presentadas desde fol. 73. son las siguientes.

Primera Clausula. fol. 78.

19 *Y Porque nuestra voluntad, e intencion, siempre ha sido, y es, que el dicho Vinculo, y Mayorazgo sea acrecentado, y que se guarde, y cumpla la voluntad de la dicha Beatriz Fernandez fundadora: Por tanto por esta presente carta, en la mejor via, y forma que podemos, y debemos, de nuestro grado, y buena voluntad, nombramos, y desde luego llamamos por successor a el dicho Vinculo, y Mayorazgo para despues de los dias de la vida del dicho Aluaro Duran, nuestro hijo mayor varon, legitimo, y despues de el a sus descendientes y succes-*

y ſuceſſores, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, aunque el varon ſea menor en dias, y aſsi de vno en otro ſuceſsiuamente para ſiempre jamas: conque el tal ſuceſſor ſiempre ſea vno ſolo, y le ſuceda el ſiguiente en grado, por linea recta maſculina, y femenina. Y a falta del dicho Don Aluaro Perez Martel Duran nueſtro hijo, y de ſu decendencia, nombramos, y ſeñalamos a la ſuceſsion del dicho Mayorazgo, a D. Rodrigo Perez Martel Duran, nueſtro hijo ſegundo, e ſu decendencia, por la dicha orden. Y a falta de el, y de ſu decendencia, llamamos y nombramos a la ſuceſsion del dicho Vinculo y Mayorazgo, a Don Alonſo Perez Martel Duran nueſtro hijo tercero, y a ſu decendencia, por la dicha orden. Y a falta de él, y de ſu decendencia, nombramos a Don Diego Perez Martel Duran nueſtro hijo quarto, y a ſus decendientes. Y a falta de èl, y de ſu decendencia, nombramos a Don Franciſco Perez Martel Duran nueſtro hijo quinto, y a ſus decendientes. Y a falta de èl, y de ſu decendencia, nombramos a Doña Leonor Martel de Cabrera nueſtra hija legitima, y a ſus decendientes. Y a falta de ella, y de ſu decendencia, nombramos a Doña Geronima Martel de Cabrera nueſtra hija, y a ſus decendientes, por la meſma orden, prefiriendo ſiempre el mayor al menor, y el varon a la hembra, aunque el varon ſea menor en dias; y conque el tal ſuceſſor ſiempre ſea vno ſolo, y le ſuceda el ſiguiente en grado, por linea recta maſculina, e femenina: y aſsi vaya de vnos en otros eſte dicho Mayorazgo.

Secunda Clauſula, fol. 89.

20 *Y Porque la dicha Beatriz Fernandez fue ſeñalando al hijo mayor legitimo del poſſeedor del dicho Vinculo, por ſiguiente ſuceſſor, o al hijo legitimo, que quiſiere nombrar el tal poſſeedor, en teſtamento, o fuera de el, y auerlo noſotros nombrado, y fecho la dicha ſuceſsion y llamamiento, ſin eſta facultad, que la dicha inſtituidora dio y reſeruô, contra la qual voluntad nueſtra intencion no ha ſido, ni es, yr ni venir, antes de la obſeruar, guardar, y cumplir, e que por nos, e por los ſuceſſores deſpues de nos, ſe guarde y cumpla para ſiempre: aſsi por deſcargar en eſto nueſtra conciencia, como por obligar a nueſtros hijos, y a los decendientes legitimos de ellos, a que ſiempre reſpeten y obedezcan a ſus padres, y les tengan obediencia debida, que Dios manda, y que no tomen, ni puedan tomar eſtado de matrimonio, ſi no fuere con ſu bendicion y voluntad; y que el que aſsi no lo hiziere, le aya de poder quitar eſte Vinculo, nombrando otro qualquiera de ſus hijos legitimos, que le fuere virtuoſo y obediente: lo qual ſerá cauſa de que caſen ſiempre calificadamente, y vayan en aumento y acrecentamiento, de adonde aſsi ſus perſonas, como el*

dicho Vinculo, serà acrecentado y aumentado, y lo tal no venga, ni pueda venir a mengua, ni diminucion alguna, e por ser, como lo susodicho es, cosa tan justa, e tan llegada a razon, y que de ello resultarà muy gran seruicio a Dios nuestro Señor, damos e concedemos la mesma facultad y libertad, que dio y concedio la dicha Beatriz Fernandez, primera Fundadora, que el dicho Dõ Rodrigo que aora nombramos, despues de el, para en fin de sus dias, pueda nombrar y señalar, y nombre y señale, en testamento y fuera de el, al hijo legitimo que quisiere, por sucessor, segun que en el dicho Vinculo se dispone; y no lo nombrando, por oluido, o en otra manera, le suceda el hijo mayor legitimo que de el quedare. Y esta orden queremos, y mandamos q̃ se tenga y guarde en todos los llamados, y sucessores en el dicho vinculo, assi varones como hembras, perpetuamente para siempre jamas.

21 His in facto suppositis, para manifestacion de la justicia de Don Alonso Perez Martel Duran, procuraremos fundar en Derecho los articulos siguientes. El primero, que en este pleyto, por ser possessorio, y de manutẽcion, y fundarse el derecho de Don Alonso en las reglas y principios de Derecho, y de Mayorazgos, y tener en su fauor la assistencia de Derecho, le basta para obtener, sin que lo impida, ni perturbe la oposicion de la dicha Doña Francisca, pretendiendola fundar en conjecturas y argumẽtaciones de las clausulas. El segundo, que esto se haze indubitable, considerado el no tener fundamento las dichas conjecturas. El tercero, que quando (sin perjuyzio de la verdad) le tuuieran, nunca todavia pudiera Dõ Pedro Ioseph Martel, auer nombrado a su hermana, omitiendo y posponiẽdole el hermano varon, y su linea, q̃ es el dicho Don Alonso Martel, ni le pudo dar derecho la multiplicacion de elecciones, que se han pretendido acumular.

PRIMVS ARTICVLVS.

22 NOn est facile expeditu, qua fronte, & quo spiritu, animosamente entran los Abogados de Doña Francisca, diziẽdo, *Que en el articulo possessorio, y de manutencion, sobre que se ha visto este pleyto, es muy clara su justicia, y de muy largo conocimiento la pretension de Don Alonso, y como tal, reseruada para el juyzio ordinario de la propriedad*: siendo assi, que no ay cosa que con mas llaneza se retuerça en fauor de Don Alonso, y deba obstar a Doña Fran-

cisca

cisca, decendiendo como debe, a lo particular de cada cosa, y aduirtiendo como debe, quien funda, y en que funda, y quien se opone y contradize, y en que funda su oposicion y contredicion.

23 Pretende pues Doña Francisca en este articulo, o (por hablar mas propriamente) supone, q̃ este es Mayorazgo de eleccion, y no de succesion; y que quien por este, y no por aquel medio le pretende, no viene como ha de venir; y que eo ipso se ha de excluyr, y reseruarle su derecho para el juyzio petitorio, excluyendole de el possessorio.

24 Pero bien se le puede replicar, que *Bis interimitur, qui suis armis perit*: porque quien entra fundando, y quien debe obtener en el juyzio possessorio, es quien funda en el Derecho, y en las reglas, y principios de la materia de mayorazgo, y quien pretende contra ellas, eo ipso falta del possessorio; y trata de cosa que requiere mas largo conocimieno, y quedãdo sin mas vencido en el juyzio possessorio, se le debe reseruar, para pedir en el petitorio.

25 En la juridica aplicacion de esta doctrina consiste el neruio de este articulo, en el qual es, y debe ser siempre innegable, que las reglas generales vencen y fundan, mientras no se halla especialidad que las derogue, como la vida del que naciò, mientras no se muestra que se muriô, ô quien le matò, y en todo lo mas general. Y especial, y aun indiuidualmente, en los Mayorazgos tienen reglas generales, que bastan para quiẽ se funda en ellas, y para que deba vencer, mientras quien las pretendiere vencer a ellas por limitacion, no la mostrare con omnimoda euidencia: y assi la regla es, que todos los Mayorazgos se presumen regulares, y quien se fundare en esta regla, vencerà en el juyzio possessorio, mientras quien se fundare en la limitacion, no la mostrare con toda euidencia. En todos los Mayorazgos ay predileccion de linea, quien se fundare en ella, vencerà en el juyzio possessorio, mientras quien se opusiere, y le contradixere, no mostrare con toda euidencia la limitacion. En todos los Mayorazgos tiene lugar la representacion, quien se fundare en ella, vencerà en el juyzio possessorio, mientras quien se fundare en la limitacion, no la mostrare dispuesta por el Fundador expressamente, l. 40. Tauri, ibi:

Saluo

Saluo si otra cosa estuuiere dispuesto por el que primeramente constituyò el Mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyò: iuncta la declaratoria de las prematicas del año de seis cientos y quinze, ibi: *Expressandolo clara y literalmente, sin que para ello basten presumpciones, argumentos, o coniecturas, por precisas, claras, y euidentes que sean.*

26 Suponiendose pues, que Don Alonso entra cumpliendo con estos requisitos, y que este Mayorazgo, como todos, se presume regular, de sucessión de mayor a menor, y de varon a hembra, con predileccion de linea y representacion: y que el ser de eleccion es odioso, y contra todas estas reglas; bien parece que se consigue, que si contra ellas no se trae vna exclusion llana, literal, no se ha de introduzir por presumpciones, argumentos, ni conjecturas, por mas precisas, claras, y euidentes que sean.

27 De esta fuente y principio nace, que porquanto la hija de el vltimo posseedor, que pide possessión de el Mayorazgo de su padre, entra bien fundando en todas estas reglas, eo ipso ha de vencer en el juyzio possessorio, contra qualquiera varon mas remoto que le pretenda hazer contradiccion, vt est expressa. l. 2. tit. 15. partita 2. & ibi latè Gregorius gloss. 18. Dominus Præses Couarruuias lib. 3. variar. cap. 5. num. 5. & iterum practicarum cap. 38. num. 6. & 12. Dominus Molina lib. 3. cap. 4. num 4. & seq. Mieres de maioratib. 2. part. quæst. 6. & fuit originalis doctrina Baldi, in. l. fratres, num. 13. C. de inoff. testamento.

28 Id quod non alia ratione procedit, quàm quod cum de iure communi sit fundata intentio petentis, quanuis in contrariũ dentur qualesquales coniecturæ, siue etiam probationes, miẽtras no fueren literales, y euidentisimas disposiciones, no obran cosa alguna, por mas precisas, claras, y euidentes que sean las conjecturas, vt loquitur dicta pragmatica: eleganter Dominus Molina, dicto lib. 3. cap. 4. num. 32. ibi: *Ex eisdem etiã infertur, quòd cùm fœmina habeat fundatam intentionem iure communi, ad hoc vt ab eo quod sibi iure communi competit, exclusa censenda sit, exclusio est euidentissima probanda, aliàs autem in casu dubij in eius fauorem semper pronunciandum est.* & iterum ibi; *Fœmina verò in duobus casibus sequentibus necessariò masculo remotioris gradus præferenda erit, cùm iure com-*

communi eius intentio fundata sit; regulæ autem iuris communis non elidun tur per dubias probationes.

29 Sed sic est, que Don Alonso Martel entra fundando la possession que pretende de este Mayorazgo, en todas las reglas y principios de los Mayorazgos, por el Derecho comun fauorable, y Doña Francisca lo pretende por el Derecho especial de eleccion, limitatiuo y odioso: ergo bene cõsequitur, q̃ este porque tiene en su fauor la asistencia de el Derecho, ha de vẽcer; y aquella porque tiene contra si la resistencia de el mesmo Derecho, ha y debe ser vencida en este juyzio possessorio: y assi lo saca por corolario indubitable el señor Luis de Molina (fundandolo en estos textos y doctrinas) d. lib. 3. cap. 4. num. 41. hoc est, que esto de fundarse en Derecho comun alguno, es de tan grande eficacia, que basta para que por solo ello, el que assi fundare vença en el juyzio possessorio, y se remita la contradicion de su opositor al juyzio petitorio, y de propriedad, ibi: *Vltimò ex supradictis infertur, quòd cùm fœmina ex iuris communis dispositione, masculis eiusdem gradus, & lineæ deficientibus, ad maioratus successionem admittenda sit; si masculus remotioris lineæ & gradus illam excludere prætendat, interim in maioratus possessione ipsa tuenda, atq; conseruanda erit, semperque in iudicio possessorio obtinere debet.* Y lo cõprueba cõ vn texto claro; y à fortiori, porque es en materia de feudos, adõde tienen mas notoria exclusion las hembras, in cap. 1. §. inter filiam, si de feudo fuerit controuersia, ibi: *Respondi filiam in possessione feudi manere debere, donec de eo iudicetur.*

30 Accedit quod generale est in iure in omni materia, quòd manutentio competit illi, cui fauet iuris asistentia, absque aliqua probatione: y mucho mas sin duda, contra aquel que tiene contra si iuris resistentia, vt nouissimè probat Farinac. in posthumis, tom. 1. decis. 655. num. 2. & seq. cùm remediũ possessorium no se conceda en Derecho a aquellos que tienen cõtra si presumpcion de el mesmo, y contra aquellos que tienen en su fauor asistencia del mesmo Derecho, cap. cùm personę, de priuilegijs lib. 6. cap. ad decimas, de restitut. spoliat. eodem libro, iunctis latè resolutis per dominum Præsidem, practic. cap. 17. num. 6.

31 Cosa que se haze mas indubitable, porque el fundamento de esta pretension en Doña Francisca es, que este es Mayoraz-

go de pura y libre eleccion,en el vltimo posseedor igualmente de padre a hijos, y de transversal a transversales; y à esto le repugna llanamente,que la clausula no habla mas que de padres a hijos,y si el Fundador quisiera otra cosa en los transversales, lo pudiera muy facilmente expressar: y assi entra la regla y brocardico vulgar, si voluisset expressisset, & quia non expressit,non voluit,l.vnica,§.fin autem,C.de caducis tollēdis,cap.ad audientiam,de decimis,cum vulgatis: y assi con solo esto se reputa,porque es pretender assentar por llano, para vencer el pleyto possessorio, y suponer aquello mesmo, de q̃ no solamente se duda,sino se funda lo contrario, contra regulam textus,in .l.Imperatoris,ff.de tutelis,& rationibus distrahendis,ibi:*Cùm hoc ipsum quæratur,an aliquid tibi á tutoribus, vel curatoribus debeatur;non habet rationem postulatio tua,volentis in sumptum litis,ab his tibi pecuniam subministrari.*

SECVNDVS ARTICVLVS.

32 PResuponiendose (como parece que es innegable) que la carta executoria de la Real Chancilleria de Granada, no afecta al caso presente, porque solamente en ella fue ventilada,y decidida la controuersia, *Vtrùm este fuesse mayorazgo de eleccion inter filios á patre nominandos?* y la regla y principio de Derecho natural,y ciuil,y filosofico,*Quòd actus agentium non operantur vltra eorum intentionem,* procede bien en la sentencia y cosa juzgada, l.si ex testamento,20.in fine,ff.de exceptione rei iudicatæ,ibi:*Nec obstaturam exceptionem, quòd nec actor petere putasset, nec Iudex in iudicio sensisset.* Y presuponiendose assimesmo, q̃ D. Francisca no muestra vna clausula literal q̃ diga,*El hermano pueda nombrar al hermano,*como la ay para que *El padre pueda nombrar al hijo.* Ya de estos dos presupuestos es consequente preciso, que la pretension es conjectural; y querer conseguir esto por medio de conjecturas, presumpciones, y argumentaciones, contra las reglas ordinarias,y lo que en el articulo precedente dexamos fundado,que con este quedarâ mas confirmado.

33 Y el primer medio para conseguir este fin, se pretende sacar de la resolucion de aquella question,videlicet, quando el Fundador del Mayorazgo dispone, *Que el successor nombre al que*

le

le huuiere de suceder; si esta calidad y facultad se aya de tener por personal en aquella vacante y persona adonde fue puesta, o (por el cotrario) por real, transitoria, y repetida, para todos los sucessores, y vacantes, perpetuamente? que fue tocada diuersas vezes por los Autores de estos Reynos, vt habetur en la decision 206. de Antonio de Gama, n. 9. y despues por Cabedo, decis. 143. tom. 1. y de passo, por el señor Don Iuan del Castillo, lib. 4. cap. 36. num. 61. resoluentes, *Ex subiecta materia perpetuitatis electionem primo vocato concessam, ad vlteriores extendendam esse*; alegando para ello el cons. 27. de Pedro de Ancarrano.

34 Despues de lo qual (incidiendo segunda vez la question) en el Senado de Portugal, determinò lo contrario, y que la facultad de eleccion se ha y debe juzgar por personal, y restringenda solamente al caso en que fue puesta, sin passar vn punto mas adelante: con lo qual, que se halla en la decis. 21. de Gabriel Pereira de Castro, lo tornò a reveer el señor Don Iuan del Castillo, tom. 5. cap. 87. à num. 17. y pretendio confirmar su opiniõ, que auia tenido en el tom. 4. Y vltimadamente vino a incidir la question en la Real Chancilleria de Granada, en que ay la decision 31. del señor Don Iuan Baptista de Larrea.

35 De cuyo presupuesto se saca (antes de passar adelante) que no es, ni puede ser, ni parecer buen modo, ni adequado para vencer vna regla, y resistencia de Derecho, y adonde se debia traer vna clausula y disposicion literal, pretender que illius functionem recipiat, & vice fungatur, resolucion de vna de las partes de question tan controuersa, y disputada; siendo assi, que para la determinacion dubij ambigui debet esse, & desumi ex certo, non autem vice versa, certi ex ambiguo; vt bene ratiocinatur Antonius Faber, in consultatione montis Ferrati, part. 1. pag. 208. Felicianus de cens. lib. 2. tom. lib. 4. cap. 1. nu. 8. col. 9. vers. nostræ verò.

36 Lo segundo es mucho de aduertir, y suponer, que los terminos de aquella disputa y question no quadrã, ni son aplicables al hecho de este pleyto, y de este mayorazgo, ni justamente se pueden alegar para el, si se atiende que aquella question es, y procede, quando indefinidamente, y sin auer dado otra forma de sucession el disponente, la començô y acabô,

dan

dando facultad de nominar, quod non obscurè probatur dict. decis. 206. de Antonio de Gama, que fue la primera, à num. 9. ibi: *Circa secundum dubium, an facultas nominandi expressè concessa Ioanni, & Philippæ eius vxori, in ipso dotis contractu censeatur data omnibus huius maioratus successoribus?* & in dicta decisi. Granat. ibi: *Quæstio primogenio instituto, & Petro primò vocato, data ei nominatim electione, an realis, vt quilibet successor eligere posit; vel personalis electio, & solùm eligat qui nominatus?*

37 Y el caso de este pleyto es totalmentẽ contrario, y (como parece de la clausula de su fundacion, num.) alli està plenamente, y con todos sus llamamientos, ibi: *Yo mando los dos pares de casas, al dicho Licenciado Rodrigo Duran, perpetuamente para él, y sus decendientes, auiendolas siempre el hijo mayor; assi del dicho Licenciado, como de los que de el decendieren, porque sea Patron, &c.* Planè en estas palabras no ay duda que estan llamadas todas las lineas y substituciones, y en cada vna de ellas, el hijo mayor y sus lineas, sin rastro, ni derecho de nominacion, a ningun sucessor, ni posseedor.

38 Y aunque despues mas abaxo està la clausula, n adonde se cõtiene la facultad de nominar, no todavia por ella se debe dezir q̃ està reuocada la precedente, ex seqq. Lo primero, porque repugna que la segunda sea reuocatoria de la primera, contra la presumpcion, quòd nullus præsumitur in continente se ipsum corrigere, l. non ad ea, ff. de conditionib. & demonstrat. quod procedit, & in continenti dicitur in hac materia, siue in eadem clausula, siue in diuersis clausulis, sub eodem tamen actu testandi correctio prætendatur, vt notatur communiter in dicta lege: presumpcion que es tan fuerte, que obliga a que otra qualquiera conjectura, que no la de correccion y variedad, se deba seguir, vt tradit Alexand. conf. 47. volum. 1. DD. per textum ibi, in l. præcipimus, C. de appellationibus, Gloss. magistra, in c. cupientes, §. quòd si per viginti, de elect. lib. 6. Y de aqui es, quòd dispositio, quę emanauit ad diuersum effectum, & casum, nunquam potest dici, quòd emanauerit ad correctionem alterius dispositionis, vt determinauit Rota in nouissimis, apud Farinac. decis. 385. num. 6.

39 De que resulta parecer juridico, el confessar que son diferentes las clausulas, diferentes las disposiciones, y diferentes los

los caſos; A ſaber, que en caſo que las Capellania y media, que alli ſe dexan, con ſus cargas de Miſſas, y renta ſeñalada, las aceptaſſe el Conuento de San Pablo, fueſſe el ſuceſſor, y Patrono, in omnibus effectus iuris Patronatus el hijo mayor, y ſus decendientes mayores perpetuamente: Pero en caſo que el dicho Conuento no las acceptaſſe, fueſſe Patrono y ſucceſſor el hijo mayor, en quanto a preſentar Capellan ſolamente; o aquel que el Padre quiſieſſe nombrar. Con lo qual ſe euita la correpcion, y quedan concordes las clauſulas: y quando hallamos ſemejante circunſtancia, baſta que pueda ſurtir efecto en algun caſo la diſpoſicion, y con eſto nos auemos de cõtentar, para euitar la correpcion, vt ex textu in cap. cùm dilectus, de conſuetudine, & in. l. 2. C. de noxalibus. Pariſio conſ. 120. n. 6. lib. 3. & alijs, tradit Rota apud Farinac. in nouiſsimis, deciſ. 143. num. 5.

40 Y eſta diferencia ſe mueſtra bien con los diſtintos llamamientos que la fundadora hizo, y de la forma y palabras, de que en cada vno vſa: porque de ellas viene à conſtar patentemente, y en la primera, adonde haze vinculo regular de hijo mayor, y de los que de èl ſucedieren, es, fundando las dichas Capellania y media en el Monaſterio de San Pablo, es puramente: pero en la ſegunda, y quando trata de nombramiento, y que el padre le pueda hazer en el hijo que quiſiere, es condicionalmente, y para en caſo que el dicho Monaſterio de ſan Pablo, no acepte las dichas Capellanias; y lo que mas es, geminadamente repite la dicha condicion, ibi: *Item, digo que ſi los Frayles del dicho Monaſterio, no aceptaren la dicha Capellania, y media*: & iterum ibi: *para que no aceptando los dichos Frayles*: de que precisamente ſe infiere, que aviendo faltado la dicha condicion negativa, y aceptado el Convento las Capellanias, ceſſò la ſubſtitucion hecha para aquel caſo, quia indubitati iuris eſt deficienti conditione alicuius diſpoſitionis perinde eſſe, como ſi el teſtador no vuiera hecho tal llamamiento, ni mècion de el, l. pecuniam. ff. ſi certum petatur, vbi notant Socinus, & Decius, Surdus deciſsione 210. num. 7. Peregrinus de fideicommiſsis, artic. 43. num. 16. melius cęteris el ſeñor Don Iuan del Caſtillo tomo 6. cap. 119. num. 9. ibi: *Quoniam maioratus inſtitutio, vinculum, aut quæ vis diſpoſitio ſub conditione facta de*

ficiente conditione vsque adeo deficit, & corruit, & habetur pœnitus pro non facta aut scripta vt prima vocatione, aut substitutione ex defectu conditionis deficiẽte integra totius vinculi, aut dispositionis structura deficiat, & cæteræ omnes sequentes substitutiones corruant, & pereant.

41 Y para mas claridad, no nos contentamos con mostrar la diferencia desta disposicion, sino tambien la razon desta diferencia, y es, que para succeder en el Patronazgo Mayorazgo, no necessita de calidad; pero para cuydar del Patronazgo Eclesiastico, y de las cosas a el annexas, como es, cuydar de los bienes de las Capellanias, nombrar Capellanes, presentar para ello personas habiles, suficientes, y virtuosas, y hazer el nombramiento y presentacion dentro del termino del Derecho, y este legitimamente, sin dolo, fraude, simonia, ni pecado, ni incurrir en pena, y quedar a su cargo tambiẽ, el inquirir, y mirar, si se seruian y cantauan las dichas Capellanias, y adonde, y como, y de otras muchas cosas a esto annexas, y pertenecientes; para todo lo qual se requiere persona de muy buena conciencia, capacidad, y cuydado. Y porque en este caso podia ser que el hijo mayor no tuuiesse estas calidades, y que huuiesse otro en quien concurriessen, permitiò la Testadora, que en este caso, y para el, y no de otra manera, pudiesse el padre diuidir las ocupaciones, y la de cuydado, y capacidad de derecho de Patronazgo Eclesiastico, darla a aquel q̃ quisiesse, y hallasse mas idoneo para ello. Y assi con muy madura consideracion hizo esta distincion la Fundadora, pues de el Patronazgo, en que se han de nombrar Capellanes, ay notable diferencia al Patronazgo Mayorazgo, que no tiene esta obligacion; vt aduertit dominus Molina, lib. 2. cap. 5. num. 69. vers. in secundo casu; adonde dize, que por esta razon se suelen hazer los Patronazgos y Mayorazgos, de eleccion, ibi: *Existimant namque horum primogeniorum institutores, longè melius futurum esse, id eorum electioni, quàm casui, seu fortunæ committere.*

42 De lo dicho proceden ya dos corolarios, que parecen ineuitables. El primero, que esta clausula, como no hablò mas de para el caso de la condicion, y en lo tocãte a las Capellanias, nunca pudo afectar la sucession del Patronazgo Mayorazgo, abstraida de las Capellanias, por la regla vulgar, quòd à separatis non fit illatio, l. Papinianus, ff. de minoribus.

Y el

43 Y el fegundo, que quando (fin perjuyzio de la verdad, y de lo que fe acaba de fundar) fe diga, y conceda a Doña Francifca, que la difpoficion de efta claufula, influye, y afecta todo el Patronazgo, y Mayorazgo, nunca todavia fe aplica a efte cafo la controuerfia de *extendenda, vel reftringenda facultate eligendi*, porque efta habla en muy diferente cafo, y terminos, quando el teftador, começò, y acabò los llamamientos por via de eleccion, fin auer antes, ni defpues, hecho otro ninguno, como parece de el thema de la queftion de los authores que la tratan: en el cafo prefente ay totum contrarium, y que el teftador començò por llamamiento general, regular, y ordinario, de todos los hijos mayores, y de fus lineas; fupuefto lo qual, la decifion 31. Granatenfe, en la diftincion cõ que decidio el cafo en terminos, es en fauor de efta parte en el num. 19. ibi: *Senatus in pluribus emergentibus fimilibus quæftionibus, me iudice ita rem expediendam decreuit; vt quoties, vel fucceſſori primo vocato ius eligendi tribueretur ad omnes tranfeat: fiue autem, etfi nominatim Petro, aut Ioanni electio cõceſſa, tamen deinceps nullas fubftitutiones feciſſet inftitutor primogenij; neque alium quam primum nominatim vocauit; idem iudicatum vt electio perpetua, & ad omnes tranfire videatur:* Sequitur, & facit; *At verò quando difponens fubftitutiones fecit, & lineas confanguineorum vocauit; tunc fi primo vocato propriò nomine iniunxit electionem, ea perfonalis exiftimetur; nec excedat nominatum.*

44 Y a efte tercero cafo folamẽte parece que fe puede aplicar el de efte pleyto, fupuefto, como eftà dicho, el general llamamiento con que la teftadora dio principio a efta difpoficion, incluyendo en èl ordinariamente, las fubftituciones, y lineas de fus parientes, y defcendientes del primer llamado: cofa q̃ mucho fe confirma, aduirtiendo tambien, que las dichas fubftituciones, y llamamiento de lineas de confanguineos, y de los hijos mayores de cada vna de ellas, fon puras, adimendas tamen (aun en la eftrecheza de fu cafo) & transferendas fub conditione, electionis paternæ, vt patet ibi: *El dicho Licenciado tenga, y poffea las dichas cafas como Patron de ellas, para pagar la dicha renta; y defpues de el, fu hijo mayor, o el que èl nombrare:* Plane nullus inficias ire poterit, in his verbis contineri puram vocationem filij maioris; adeptionem verò, & translationem in filium minorem, *fi pater nominauerit illum*; ex regula vulgari, *quod relatiuum*

quis

quis vel qui adiectum futuro tempori inducit conditionem. l. ſthicum. ff. de legatis primo cum vulgatis: Y aſsi, es indubitable, q̃ aquellas palabras, *o el que èl nombrare,* importan lo meſmo que ſi dixera, *o el hijo menor, ſi el padre le nombrare*: Certiſsimi autem iuris eſt, que ay gran diferencia entre la adempcion de alguna coſa diſpueſta condicional, y entre la translacion de alguna coſa condicional; y eſta es, que en la mera adempcion ſub conditione, queda la dacion condicional ſub contraria conditione: Pero en la trãslacion condicional, quedaſe la dacion pura, y la tacita adempcion (embebida en la translacion) condicional, vt pulchrè, deſpues de muchos ratiocinatur, el ſeñor Don Iuan del Caſtillo lib. 4. c. 56. à. n. 19. cum ſeqq. De que ſe conuence, que ſupueſto que el llamamiento del hijo mayor en todas las lineas, ſiempre eſtà puro, y ſolamente reſoluendo ſub conditione; en el caſo eſtrecho (como luego ſe dira) en ninguna manera ſe puede aplicar la controuerſia de extendenda, vel reſtringenda facultate eligendi, de la deciſion 31. Y que en caſo que ſe traiga, ſu determinacion es deciſiua en fauor de Don Alonſo, conforme al tercero caſo, pues ſe halla en eſte llamamiento puro, y ſubſtitucion regular, y generica de los primogenitos de todas las lineas, aunque fuera reſoluendo ſub conditione, pues ſemejante reſolucion non eſt in conſideratione, neque operatur diſpoſitionem ex reg. text. in. l. ſi quis ſub conditione. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, & quę late notantur in. l. Lutius ff. de hæredibus inſtituendis cum vulgatis.

45 Sin que pueda, ni deba a eſto cauſar perjuyzio, el dezir, como ſe dize, por Doña Franciſca, quod ſumus in claris, y que en ellos nulla eſt ambiguitas, nec debet admitti voluntatis quæſtio. l. ille aut ille. ff. de legatis. 3. y que eſto ſe funda en aquellas palabras de la clauſula, ibi: *En que el dicho Licenciado pueda nõbrar a ſu hijo mayor, o à qualquiera de ellos que quiſiere, y eſta meſma orden tengan los que deſpues de el ſuccedieren, para ſiempre jamas*: porque multis & diuerſis titulis non ſolùm ſuffragatur illi, ſed potius reffragatur, & retorquetur, ex ſeqq.

46 Lo primerò, porque (como millies auemos repetido) en eſte diſcurſo, a Don Alonſo le baſta el fundamento que tiene, en las reglas del Derecho comun, y naturaleza regular, de los

Mayo-

Mayorazgos de España, y Doña Francisca la quiere contrastar, y opugnar, con vna pretensa voluntad correctoria in continenti, odiosa, exorbitante, y contra todos principios, deducida por conjecturas, argumentaciones, y consideraciones; cuyas calidades del vno contra el otro, y del otro contra el otro, en todas materias, y juyzios (y mucho mas en el de tenuta, y possessorio) debe dar el vencimiento a Don Alonso, como se pretendio fundar en el primero Articulo.

47 Lo segundo, que asimesmo en el tenor de la dicha clausula no ay mencion de hijas, porque las palabras no dizen mas sino *que el dicho Licenciado pueda nombrar a su hijo mayor, o a qualquiera de ellos que quisiere*; Plane aunque masculinum concipit fœmeninum, esto es interpretatiuè, & per quandam impropriã significationem, & non in materia stricta, & odiosa, vt per dominum Castillo lib.5.cap.66.n.20. Paz de tenuta.1.p.cap.34. num.115. Et consequenter non ita in materia odiosa exorbitante, & correctoria, como es esta, vt prosequitur idem num. seqq.

48 Lo tercero, porque esta clausula fue de mucho efecto, y cõsideracion, pues conforme a los lugares referidos (y aun la decision 31. Granatense) supuesto el llamamiento generico de clausula precediente, el de esta, dirigida al Licenciado Rodrigo Duran, y con expression del nombre proprio, se debia juzgar personal, y restringenda solamente, a la vacãte por su fin, y no extenderse a los demas successores, y posseedores de este Mayorazgo; Y asi justamente la Fundadora, ya por quererlo asi expressar, y por estar informada de esta verdad juridica; ya por no dexar lugar a la controuersia, lo quiso determinar con aquellas palabras; *Y esta mesma orden tengan los que despues de el succedieren.*

49 Lo quarto, porque el principio mas vulgar de esta materia es, que en todas las del mundo, *cui non conueniunt verba legis, vel dispositionis non conuenit ipsa dispositio*; l.4.§.toties, ff. de damno infecto, iunctis mille similibus congestis à Gutierrez cons. 21. num.2. Sed sic est, que la facultad de nombrar de esta clausula, solamente se concede entre padres, y hijos nominantes, y nominandos respectiuè, ibi: *Y despues de el su hijo mayor, o el que el nombrare, y sus descendientes de ellos*; Plane, no se puede negar, que

 es

es innegable que aqui ſe contiene, *que pueda nombrar a ſu hijo mayor, o al hijo menor, y ſus deſcendientes de ellos, puedan aſsimeſmo nombrar a ſu hijo mayor, o a ſu hijo menor:* Pero ſiempre retenta qualitate, reſpectiuè, paternitatis, & filiationis: y que eſſo meſmo repiten las palabras ſiguientes, ibi: *Y eſta meſma orden tengan los q̃ deſpues de el ſuccedieren*, hoc eſt, *que ſiendo padres, y teniendo muchos hijos, puedan nombrar al mayor, o al menor de ellos:* Pero querer eſtender eſto, que lo meſmo ſea que el hermano pueda nombrar a ſu hermano, y a ſu hermana, no lo dizen las palabras de la diſpoſicion; Y aſsi entra bien el vulgar dicterio de Baldo, *obſtat tibi quod de te non loquitur ſubſtitutio:* Imo, de el meſmo aduierten delgadamẽte los authores, que es mucho mayor la inhabilidad de ſemejantes diſpoſiciones, que la de las condicionales: porque eſtas tienen derecho ſuſpendido, y eſperado de poder ſuceder; aquellas le tienen priuado, y deſeſperado, reſpecto de no concurrir en ellos, las calidades de la diſpoſicion; y aſsi eſtas dependen del futuro contingente, en aquellas tienen excluſion de preſente, y de futuro.

50 Lo quinto, porque el diſcurſo de las clauſulas es (que tambien parece ſer innegable) que la Fundadora en la primera, (como eſtà dicho) hizo, y perfeccionò ſu Mayorazgo con llamamiento, y llamamientos perpetuos, y ſubſtituciones de el Licenciado Rodrigo Durã, y ſus deſcẽdientes, y dize, *auiendolas ſiempre el hijo mayor*, palabras que igualmẽte comprehendẽ todos los caſos de la ſuccesſion de eſte Mayorazgo, hoc eſt, tanto quando ſe ſuccediere de padres, a hijos, y de deſcendiẽtes, a aſcendientes; quanto de tranſverſales, a tranſverſales, en virtud, y fuerça de aquella diccion, *ſiempre*, quæ omnem caſum comprehendit. l. 1. verbo *ſemper*, (iunctis ibi late notatis) ff. ſoluto matrimonio: Y luego, en la clauſula inferior, dize la Fundadora, que quando ſuccediere vno de los dos caſos, hoc eſt, el auer de ſuceder hijos a padre, corrige, y entiende la clauſula paſſada; en eſta forma, *que quiere, y diſpone, que ſucceda el hijo mayor de ellos, como eſtà dicho; Pero que ſi el padre quiſiere nõbrar al menor, lo adime al vno, y lo transfiere al otro:* Pero en el otro caſo de la ſuccesſion de tranſverſal a tranſverſal, no dixo la teſtadora coſa alguna, ac ſubinde, es probança llana quod non à tota, ſed ab aliqua parte, diſpoſitionis tantummodo receſiſſe videtur ex

textu

textu optimo in.l.alumnæ.30.§.qui filias,ff. de adimendis legatis in fine,ibi; *Respondi non à tota voluntate recessisse videri, sed his tantùm rebus quas reformasset.*

51 Accedit,que tiene esto tan grãde fuerça, que se puede muy bien dezir,que no solo no ay disposicion de la Fundadora,para que la facultad de elegir no passe, ni exceda de los limites de sucesion de padres a hijos, sino disposicion expressa, de q̃ no passe,en virtud y fuerça de que la Fundadora tenia propuestos,y presentes en la clausula primera los dos casos; A saber, vno de sucesion a ascendientes, y otro de sucesion a transversal. En el primero dio lugar a eleccion; en el segundo obmutuit, & nihil dixit: ac subinde succedit notissimum iuris principium, & regula celebratissima, *Quòd qui ex duobus sibi propositis, & præsentibus vnum concedit, alterum tacendo negare videtur*; sicut è conuerso, *Vnum concedendo, alterum tacendo negare censetur*, l. cùm Pretor, ff. de iudicijs, cap. nonne, de præsumptionib. cum vulgatis. A la acumulacion de elecciones, de que se ha pretẽdido valer Doña Francisca, no respondemos, porque nec vacat, nec oportet respõdere: y en ello se conoce bien la mucha diffidencia, y poca seguridad del Derecho contrario, pues lo cierto es, que no tanto se tratô de vsar de la facultad dada por la Testadora, quanto de increparla, por no auersela dado para reformar el Mayorazgo, y ponerle los llamamientos a la medida de su gusto.

Tratase de responder a algunas oposiciones, y fundamentos, conque D. Francisca pretende confortar su pretension.

52 BIen sienten sus Abogados la diffidencia de su derecho, y como a tal nullum non mouent lapidem, neque aliquid intentatum relinquunt para confirmarlo, en que tambien tacitamente mas vienen a confessar el buen Derecho de Don Alonso, y que entra fundando el suyo, para vencer en este juyzio; y que en êl no le ha de obstar la numerosidad de alegaciones, que acumulan, que por serlo, y tan breue el tiempo, y termino, que se ha dado, no es possible responderle por menor a todas, sino solamente a aquellas que parece mas necessario, y

que

que aqui se reducirán al metodo mas breue que fuere possible assentando en primero lugar, que no lo es responder aora a la maquina de consejos, que tratan de causar repeticiones, & extensiones, & quando censeatur, vel non censeatur inducta? Todos los quales menos bié se aplican, y para mostrar esto mesmo, requieren mas tiempo: pero lo que mas se ha podido reducir, y a que se ha de responder, es lo siguiente.

Primum Fundamentum, siue prima Oppositio.

53 DIzen, que conforme a Derecho la sucessión de los Mayorazgos se ha, y debe regular por la de ab intestato, y esta, por la mayor cercania del sucessor al sucedido, taliter, que ya està legalizada la opinion, que esta ha de ser respectu vltimi possessoris, non autem primi institutoris: y que quando se conceda a Don Alonso, que este no sea Mayorazgo de eleccion, sino de sucession, le ha, y debe preceder y vencer Doña Francisca; y esto por dos razones. La primera, porque dize que respecto de Don Pedro Iosephe (por cuya muerte es esta vacãte) es su mas cercana parienta, porque es su hermana, y Don Alõso no es mas de su sobrino, hijo de su hermano, y que assi le debe preceder.

54 Vlteriùs la segunda, porque tambien dize q̃ le vence, y venciera a Don Diego su padre, a quien representa por la misma razon de cercania, respecto de que no era de Don Pedro Iosephe, mas de hermano consanguineo, y que ella es de el mesmo pariter vterina y consanguinea; y que esta duplicidad de sangre inducit duplex vinculum, quod prævalere debet, & esse fortius vno; *quia funiculus duplex longè difficiliùs rumpi potest.*

Respuesta.

55 FAcillimè nos expedimus. Esta pretension es, ya confessando la verdad, y a este Mayorazgo por regular, y no de eleccion; y entonces no necessita de respuesta la oposicion: porq̃ supuesta la representacion, y que se trata de suceder a Don Pedro Iosephe, Doña Francisca no tanto compite con Don Alõso su sobrino, quanto con Don Diego su padre, a quien repre-

senta

senta su hermano; y iam est notum lippis, & tonsoribus, que no se llega a cercania de grado, sin assentar primero la predileccion de linea. Y esso introduxo (y es cosa innegable en España) primeramẽte la ley.2.tit.15.part.2. y prosiguiò despues la ley 40. de Toro: y vltimamente declararon las prematicas de seiscientos y quinze. Y lo segundo, que este fundamento antes se retuerce; porque siguiendo la regla de la sucession ab intestato, si el difunto muere, y dexa hermanos de esta calidad, y bienes de linea materna y paterna, en los de la vna parte no suceden los otros, ni en los de la otra los otros, ex .l. 6. tit.13.part.6. y lo mesmo se guarda en las sucessiones de Mayorazgo Patronazgo, o Capellanias, y està determinado en los feudos, que no se atiende mas conjuncion que la de aquella parte de sãgre, ex qua feudum, maioratus, patronatus, vel Capellania defertur, quæ fuit originalis doctrina Baldi in. l. 1. C. de suis, & legitimis hæredibus, quam sequuntur Doctores communiter, Lara de Capellanijs lib.2.cap.3.n.36. neque in hoc oportet aliquid immorari.

Secundum Fundamentum, siue secunda Oppositio.

56 HE entendido que se alega por la parte de Doña Francisca vn lugar del Adiccionador del señor Luis de Molina, libro 3.cap.5.n.72.colum.penult. y vltima, adonde se refieren algunos exemplares del Consejo, y Chancillerias, en los quales no solo por la hija de el vltimo posseedor, sino tambien por la hermana del vltimo posseedor, fue juzgado, y determinado.

57 Bien necessita de inducion, y declaracion, esta doctrina para el caso presente, porque pretende bien Don Alonso, que es en su fauor, y lo son aquellos exemplares, que son muy en cõformidad de lo que acabamos de dezir, y en aquellos pleytos se trataua de excluir a la hermana de el vltimo posseedor, en fuerça de auer exclusion de hembras propter masculos remotiores, y para esto teniendo preferencia de linea, y representacion, y descendencia de la cabeça de ella, es innegable, que lo mesmo es ser hija del vltimo posseedor, que ser hermana del

vltimo poſſeedor, pues ella, y ſu hermano ſon de aquella linea predilecta, adonde entrando vna vez, no puede hazer trãſito a ninguno de la linea menos dilecta haſta ſer acabados todos los de la primera, que es lo que el ſeñor Luis de Molina trata en aquel num. 72. Y eſſo es lo meſmo que aqui pretendemos, no como alli adonde competian linea con linea, y vencio aquel de aquella adonde auia entrado: aqui totum contrarium, porque aunque entrò en vno de la linea de D. Alonſo Martel el mayor, la ſuya començò, y acabò en èl, porq̃ murio ſin deſcendientes, que ſon los que la hazen; y aſsi queda el negocio en las lineas del meſmo Don Alonſo Martel el mayor, adonde la primera linea fue Don Diego Martel, y Don Alonſo Martel el menor, ſu hijo, que le repreſenta, y adonde Doña Franciſca no haze linea, ni grado, reſpecto de Don Diego ſu hermano, y conforme al vulgar dicterio *Fœmina etiam natu maior, ſemper reſpectu fratris minoris redigitur ad inſtar ſecundi gradus*, vt quotidie verſatur in ore Aduocatorum.

TERTIVS ARTICVLVS.

58 QVando, ſin perjuyzio de lo q̃ in præcedentibus dexamos fundado, ſe le conceda a Doña Franciſca, que eſte es Mayorazgo de pura eleccion, y que la facultad de elegir, fue perpetua, no ſolamente para de padres a hijos, ſino de tranſverſales a tranſverſales, adhuc todavia no tuuiera fundamento ſu pretenſion, porque bien era poſsible, que el Mayorazgo fueſſe de eleccion cencillo, y degeneraſſe de la regular naturaleza de ſucceder ſiempre el primogenito, y que ſuccedieſſe el ſegũdogenito varon, y no que fueſſe doblado, y de a dos, y que no ſuccedieſſe el primogenito varon, ſino que ſuccedieſſe la ſecundogenita, & ita que degeneraſſe non ſolum in gradu, ſed in ſexu quoque; Para lo qual bien ſe que ſe alegarà vn lugar del ſeñor Luis de Molina lib. 2. cap. 5. n. 4. adonde parece que reſuelue *id licitum eſſe eligenti, omiſſo filio maſculo, eligere filiam.*

59 Pero eſte lugar (como algunos que ſe alegan de contrario) ex pluribus tutelis retorquetur; in primis, porque iſthæc Domini Molinæ reſolutio, etiam in ſuo caſu ſtricto, quo loquitur, non eſt omnimodo tuta, ex multis quę contra illum ſcribunt

bunt Aluaradus de coniecturata mente defuncti, cap.3. §.4. n.48.& pluribus adductis Dominus Ioannes del Castillo, lib. 2.cap.26.n.36.y 56.quos refert Additionator ipsius Domini Molinæ.d.lib.2.cap.5.num.4.&5.

60 Lo segundo, porque es mucho de aduertir, que en vna de tres diferencias puede ser concebida la forma de la facultad de elegir; A saber, la primera, *Doy facultad al posseedor deste Mayorazgo, para que entre sus hijos pueda escoger vno el que quisiere* (que es nuestro caso) Y la segunda; *Doy facultad al posseedor deste Mayorazgo, para que entre sus hijos, è hijas, escoja el que ha de suceder.* Y la tercera, *Doy facultad al posseedor deste Mayorazgo, para que entre sus hijos, è hijas, escoja al que le pareciere.* La quarta, y vltima es, *Doy facultad al posseedor de este Mayorazgo, para que entre sus hijos, e hijas, escoja al que quisiere.*

61 Plane de estos quatro casos, el vltimo, y el mas amplo, es, el que resuelue el señor Luis de Molina vt patet.d.n.4.ibi; *Eisdem etiam infertur eum cui libera electio â maioratus institutore relicta est vt* (hæc sunt formalia verba clausulæ fundationis) *inter filios, & filias, quem vellet, ad eiusdem maioratus successionem eligat, posse ad eius successionem filiam fœminam minorem natu exclusis filijs masculis etiam natu maioribus eligere.* Por manera que en aquella forma de facultad, concurriendo los terminos, y circũstancias de ella, & non aliter, nec alio modo, es de este sentir el señor Luis de Molina, conque es indubitable, que argumento ab speciali, vel â contrario sensu, enseña lo contrario, faltando qualquiera, aũque minima circunstancia de aquella forma de fundacion; Y assi lo dixo bien en pocas palabras, y en los indiuiduales terminos de esta clausula, Paz de tenuta.d.cap.34.num.115.ibi: *Sed id non facile reciperem si facultas data esset eligendi vnum ex filijs: nec additum esset, vel filiabus, nam tunc si duo, aut plures filij masculi extarent: Item, & sorores existimarent, vnum ex filijs eligi à cõmissario debere, prætermissa filia: quæ quamvis aliàs veniat filij appellatione, id est ex interpretatione, l. iusta interpretatione.ff. de verborum significatione: Accipitur tamen, & limitatur quando materia strictam recipit interpretationem iuxta doctrinam Decii in.l.fœminæ num.105.ff.de regulis iuris Peregrin.de fideicommissis articulo 25.num.3.*

62 Y esta mesma sentencia vienen a comprobar per argumentum â fortiori, todos los que dificultã la del señor Luis de Molina

lina.d.n.4.ex illa vulgari regula topica *Si vbi magis videbatur inesse, non inest; à fortiori vbi minus videtur inesse, non inerit*, authentica multo magis.C.de sacrosanctis Ecclesijs.cap.cum in cunctis in principio, vbi Decius de electione. Pro quo adduci possunt ea omnia fundamenta, quæ late congerit, el señor D. Iuã del Castillo.d.lib.2.cap.16.per totum, maxime num.36.y 56.

Ex qq.parece fundada la justiçia de D. Alonso Martel Duran, para auerse de confirmar la sentencia del Ordinario; y assi lo espera, saluo, &c.